

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/73924>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bjv.nl
I www.bju.nl

*Estate***Tip**

Review

Afl. 2008-29

17 september 2008

Gift en legitieme Voor wat het waard is?!

De schenkingsregeling en het erfrecht zijn rechtsgebieden waar de estate planner zich regelmatig op begeeft. *Tarief- en vrijstellingsoptimalisatie* in het kader van een vermogensoverheveling verlangt doorgaans een combinatie van 'schenken en erven'. Onder omstandigheden dient men tussen de klippen van de andere wettelijke rechten en de legitieme portie heen te zeilen. Wat er ook van zei, deze beperkingen van de testeervrijheid bepalen mede het speelveld voor de estate planner. Estate planners zijn echter niet voor één gat te vangen en zullen, indien mogelijk en noodzakelijk, *ontgaansstrategieën* ontwikkelen om aan de wensen van hun cliënten tegemoet te komen. Voor inspiratie kan men het preadvies voor de KNB van 2005 er nog eens bij pakken (Den Haag: Sdu Uitgevers 2006), waarin Bernard Schols op p. 128 e.v. aan de hand van de 'schijf van vijf' een strategie uitzet om de legitieme portie 'legitiem' te ontgaan. Op p. 139 komt hij aan bij de schenking.

De gift (die ook een schenking kan zijn) vervult een belangrijke rol in de legitiemeregeling. De legitieme portie kan immers 'in weerwil van giften' worden verkregen (art. 4:63 lid 1 BW), voor de berekening van de legitimaire massa wordt de waarde van de goederen der nalatenschap onder andere vermeerderd met de 'in aanmerking te nemen giften' (art. 4:65 BW) en giften kunnen worden ingekort (art. 4:89 BW). Nu moet voor de goede orde worden opgemerkt dat niet alle door een erflater gedane giften voor de legitiemeregeling 'meedoen'. Art. 4:67 BW bepaalt welke giften in aanmerking worden genomen; art. 4:68 en 4:69 BW vullen dat nog aan met een nuancering voor giften tussen echtgenoten en uitzonderingen voor 'morele- en gebruikelijke, niet bovenmatige giften'. Maar goed, bij het inzetten van de gift als planningsinstrument mag de legitiemeregeling niet over het hoofd worden gezien.

Bernard Schols schrijft in dit verband op p. 139 en 140 van het preadvies:

'Van groot belang bij het opzetten van een schenkingsstrategie is het volgende. In verband met het ontgaan van de strenge waarderingsregel van art. 4:66 lid 2 BW, die ons iedere keer weer doet denken aan art. 10 SW, dient bij een overdracht onder voorbehoud van vruchtgebruik het klassieke onderscheid tussen schenken van een object of koop met kwijtschelding in termijnen niet uit het oog verloren te worden. In het eerste geval dient de gift gewaardeerd te

worden op basis van de waarde ten tijde van overlijden en in het tweede geval op basis van de soepele hoofdregel waarde ten tijde van de prestatie. Dit kan de bekende slok op een borrel schelen.'

De ontgaansstrategie is gebaat bij een gift met een lage waarde, die immers de omvang van de legitimaire massa en daarmee ook die van de legitieme portie drukt. De hoofdregel waarop wordt gedoeld, is te vinden in art. 4:66 lid 1 BW, waarin wordt bepaald dat de gift wordt gewaardeerd naar het tijdstip van de prestatie. Voor het overige bevat art. 4:66 BW anti-ontgaansvoorzieningen. Zo bepaalt de tweede volzin van het eerste lid dat met de mogelijkheid dat de erflater de gift had kunnen *herroepen* geen rekening wordt gehouden. De wetsgeschiedenis laat helder zien waarom deze bepaling is opgenomen (MvA, Kamerstukken II 1962-1963, 3771, nr. 6, p. 21):

'Duidelijkheidshalve is in de tweede zin van dit lid uitdrukkelijk bepaald dat geen rekening wordt gehouden met een voorbehouden doch niet gebruikte bevoegdheid van de erflater tot herroeping van de gift; zij zou een gemakkelijk middel zijn om de waarde van de gift tot vrijwel nihil te drukken. Wel moet rekening worden gehouden met een niet enkel van de erflater afhankelijke ontbindende voorwaarde.'

De gedachte is dat een voorwaarde de waarde van de gift in negatieve zin beïnvloedt. Wordt de gift *de facto* echter niet (voor het overlijden) herroepen, is het resultaat voor de begiftigde gelijk aan een onvoorwaardelijke gift en zou de legitimaris bij de neus kunnen worden genomen.

Hetzelfde gevoel komt op bij de hiervoor in het citaat bedoelde waarderingsregel van art. 4:66 lid 2 BW, de erfrechtelijk pendant van art. 10 SW 1956. Met het omzetten van volle eigendom in vruchtgebruik door de gift van de blote eigendom, zou de legitimaire massa eveneens uitgehold kunnen worden zonder dat de erflater het gebrachte offer heeft gevoeld. Door de waardering te verschuiven naar het moment onmiddellijk na erfaters overlijden, wordt het 'lek' gedicht. Een zelfde aanpak valt in art. 4:66 leden 2 en 3 BW overigens andere constructies ten deel.

De hiervoor bedoelde verschuiving van de waardepeildatum bij een 'vruchtgebruikconstructie' werd in de parlementaire geschiedenis als volgt onderbouwd (MvA, Kamerstukken II 1962-1963, 3771, nr. 6, p. 21):

'Er zijn echter ook gevallen van bijzondere giften waarvoor de maatstaf van lid 2 (thans art. 4:66 lid 1 BW; toevoeging SBS) niet tot een redelijk resultaat zou leiden, *wegens sterke gelijkenis van de gift met een legaat*. In de toelichting is reeds bij wijze van voorbeeld gewezen op de schenking van een goed onder voorbehoud van vruchtgebruik. Werd een zodanig gift geschat op de waarde van de bij of kort na de gift overgedragen eigendom minus de waarde van het vruchtgebruik, dus op de waarde van de blote eigendom, dan zou zij inderdaad een gemakkelijk middel zijn om een legitimaris aanzienlijk te benadelen. Immers slechts die waarde zou meetellen bij de fictieve massa waarover de legitieme porties moeten worden berekend en voor de mogelijkheid van inkorting in aanmerking komen. Was de erflater tot de door hem beoogde bevoordeling overgegaan bij legaat, dan zou het goed voor de volle waarde deel van de

nalatenschap hebben uitgemaakt en zo nodig zou het legaat ten volle kunnen worden ingekort.’ [Cursivering van ons, SBS]

De hoofdregel voor de waardering van giften in het kader van de legitiemeregeling (art. 4:66 lid 1 BW) is in belangrijke mate gebaseerd op de gedachte dat *waardemutaties* ná de gift niet ten voor- of nadele mogen strekken van legitiमारissen. Goederenrechtelijk is het belang immers door de gift overgegaan. Het hiervoor bedoelde lid 2 lijkt daarmee strijdig te zijn, nu de peildatum wordt verschoven waardoor de waardemutaties in de legitiemeregeling worden meegenomen. Men dient echter te bedenken dat hiermee in feite niet de waarde van de gift maar die van het waardedrukkende vruchtgebruik wordt beperkt, en bovendien uitsluitend voor het geval waarin het genot van het geschonkene gedurende het leven is voorbehouden.

De tekst van de uitzondering op de meerbedoelde hoofdregel doet de vraag rijzen hoe men moet omgaan met giften waarbij het genot (net) niet gedurende het leven van de schenker is voorbehouden. Denkt u maar eens aan de gift van een woning onder voorbehoud van een *vruchtgebruik met metterwoonclausule*, of aan een schenking van een aandelenpakket onder voorbehoud van een vruchtgebruik tot de pensioengerechtigde leeftijd van de schenker. Naar welk tijdstip moeten dergelijke giften worden gewaardeerd? Het moment van de gift (de hoofdregel), het moment onmiddellijk na het overlijden (de uitzondering) of wellicht een ander moment?

Over de hiervoor bedoelde gift van een woning valt in Klaassen-Luijten-Meijer (Deventer: Kluwer 2008, p. 349) het volgende te lezen:

‘Evenmin is duidelijk hoe de waardering dient plaats te vinden als de ouder – kort voor zijn overlijden – de woning metterwoon heeft verlaten. Wij gevoelen in deze gevallen het meeste voor een waardering onmiddellijk na het einde van het beperkte recht, onder analoge toepassing van het bepaalde in art. 4:66 lid 2.’

Het lijkt erop dat de wetgever een ‘gat’ in de legitiemeregeling over het hoofd gezien heeft. Blijkens het laatstgemelde citaat zou dit met *analoge* toepassing van art. 4:66 lid 2 BW gedicht kunnen (of moeten) worden. Ons inziens is van een lacune in de regeling echter *geen* sprake. We moeten vasthouden aan de uitgangspunten van de legitiemeregeling, oftewel de waarderingshoofdregel, die de invloed van de waardemutaties na de gift voor de legitiemeregeling uitsluit (zie hiervoor). Het belang is op de begiftigde overgegaan. Verschuift men de peildatum naar het moment van het metterwoon verlaten, dan betreft men eventuele waardemutaties in de berekening van de legitieme portie, en dat is niet de bedoeling van de wetgever. Ook met de uitzondering op de waarderingshoofdregel zoals in art. 4:66 lid 2 BW neergelegd, heeft de wetgever niet beoogd om de waardemutaties in de legitiemeregeling te betrekken. Men heeft deze uitzondering, zo blijkt uit het gemelde citaat, vanwege de gelijkenis met een *legaat* opgenomen. Eindigt een vruchtgebruik tijdens leven, dan is die gelijkenis er niet. Voorts moet worden bedacht dat uitzonderingen op een geformuleerde hoofdregel over het algemeen restrictief moeten worden uitgelegd. Zo ook naar onze mening bij art. 4:66 lid 2 BW.

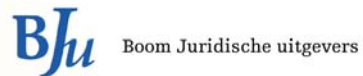
Betekent ons vorenstaande standpunt dat we een 'gat' in de legitiemeregeling ontdekt hebben? Het antwoord luidt ontkennend. Indien namelijk wordt overeengekomen dat een vruchtgebruik niet slechts bij het overlijden van de schenker maar ook op andere gronden zal eindigen, kan dit gevolgen hebben voor de (civielrechtelijke) waarde van het vruchtgebruik. Naar de mate waarin het vruchtgebruik eerder kan of zal eindigen, is de waarde daarvan lager en die van de geschonken bloot eigendom evenredig hoger. De waarde van de gift met een voorbehouden vruchtgebruik met metterwoonclausule wordt derhalve (mede) door laatstbedoelde clausule in opwaartse zin beïnvloed. Het vruchtgebruik is minder en de gift is meer waard. Het vermeende lek wordt niet via art. 4:66 lid 2 maar via art. 4:66 lid 1 BW gedicht.

Voor deze aanpak kunt u wellicht nog inspiratie putten uit de regeling voor de overdrachtsbelasting, waarbij de waarde van een vruchtgebruik met 25% wordt verminderd indien een metterwoonclausule overeengekomen is (zie bijvoorbeeld J.C. van Straaten, Wegwijs in de Overdrachtsbelasting, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2008, p. 212). Vanzelfsprekend mag u deze forfaitaire benadering niet zonder meer als uitgangspunt voor uw legitiemeberekening nemen.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2008 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.